臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度上訴字第383號

上　訴　人
即　被　告　謝博宇
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　林宗儀律師
上　訴　人
即　被　告　蔡璇恩
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　本院公設辯護人姚孟岑

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高雄地方法院114年度訴字第318號，中華民國114年11月24日、115年1月29日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第30592號、114年度偵字第15942號），分別提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

一、本院審判範圍

㈠上訴人即被告謝博宇（下稱被告謝博宇）、上訴人即被告蔡璇恩（下稱被告蔡璇恩，共通部分下稱被告二人）因共同犯販賣第三級毒品未遂罪，分經原審判處罪刑、沒收及追徵，被告二人均不服提起上訴，本院審查被告二人上訴狀內容，未就所犯犯罪事實、罪名、沒收及追徵不服，僅就宣告刑部分提起上訴（見本院卷第7至12、15至16頁），經本院於審判程序時闡明刑事訴訟法第348條第3項一部上訴之意旨，被告謝博宇及其辯護人、被告蔡璇恩辯護人明示本案僅就原審

判決宣告刑部分為一部上訴，有審判程序筆錄可稽（見本院卷第98至99、108頁），是本院就被告二人之審判範圍為原審判決宣告刑部分。

㈡同案被告王琨銘經原審判處罪刑及沒收後，未據上訴而告確定，不在本院審理範圍。

二、被告二人上訴意旨

㈠被告謝博宇部分

1.依據被告謝博宇與其毒品上游「萬華跟黑哥的」通訊軟體Telegram對話記錄，暱稱「新之助」之人為被告謝博宇，暱稱「萬華跟黑哥的」之人為葉建威。自民國113年7月31日至9月30日之對話記錄時間所顯示內容，被告謝博宇於留言中提及有「灌」、「裝」、「6顆」等字眼，與本案「菸彈」毒品外觀用語相符，可見被告謝博宇分別於113年9月25日、26日均與葉建威相約見面拿取「灌」、「裝」好的「6顆」菸彈；另依據被告謝博宇於113年10月1日警詢陳述，被告謝博宇於113年9月27日16時45分與喬裝為買家之員警交易之第三級毒品菸彈，確實係來自於「萬華跟黑哥的」之人即葉建威。被告謝博宇於警詢及偵查中已供出毒品來源，並由警方因而查獲毒品上游葉建威，請求依毒品危害防制條例第17條第1項減輕其刑。

2.被告謝博宇係聽從被告蔡璇恩指示前往現場交易毒品，並非居於主導地位，且因警方喬裝買家而及時查獲，情節與大量販售毒品獲取暴利的大毒梟或中上盤賣家顯然不同，又被告謝博宇案發時25歲，年紀尚輕，販賣毒品係因女友剛懷孕，原本是白天在做水電工，因需要用錢，致為本案犯行。以被告謝博宇犯後態度、犯罪情節、年紀等家庭生活狀況，原審量刑過於苛刻，且客觀上確實足以引起一般人同情，屬值得讓人憫恕之情形，請求依刑法第59條規定酌減其刑。

3.被告謝博宇一時失慮而觸犯重刑，悔不當初，於警詢、偵訊時及審理時均坦承犯行，犯後態度良好。被告謝博宇販賣毒品係因女友剛懷孕需要用錢，並已極力彌補自己過錯，原審

未能審酌上情，判處有期徒刑2年4月之刑度，顯有過重，請求依刑法第57條規定減輕其刑，為此提起上訴。

㈡被告蔡璇恩部分

被告蔡璇恩係因身體不佳無法工作，需負擔父親生活開銷，始為本案犯行，於遭查獲時立即坦承犯行且深感悔悟，犯後態度良好，被告蔡璇恩於113年4月間開始透過通訊軟體販賣時，異丙帕酯尚未公告為第三級毒品，行政院係於113年8月5日始公告異丙帕酯為第三級毒品（下稱異丙帕酯），並於同日生效。被告蔡璇恩於本案犯罪時間是在113年9月24日，因對於法律規定內容快速變更一時不察，犯罪情狀尚可憫恕，惡性非重。又被告蔡璇恩所獲得之利益僅新臺幣（下同）600元，相當低微，與大盤、毒梟販賣毒品情節實有天壤之別，且係對佯裝買家之員警所為交易，並無毒品外流之危險。被告蔡璇恩現今已從事飲料店店員工作，撫養行動不便父親及罹癌母親，雖經未遂及偵審自白規定減刑後，原判決仍論以有期徒刑2年4月，實有情輕法重之憾，請求依刑法第59條酌減其刑，為此提起上訴。

三、本院審判範圍之理由

㈠毒品危害防制條例第17條第1項（被告謝博宇部分）

1.按犯毒品危害防制條例第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，同條例第17條第1項定有明文。所謂「供出毒品來源」，係指犯該條例所定上開各罪之人，供出其所犯上開各罪該次犯行之毒品來源而言。亦即須所供出之毒品來源，與其被訴之各該違反毒品危害防制條例犯行有直接關聯者，始得適用上開規定減免其刑，並非漫無限制。倘被告所犯同條項所列之罪之犯罪時間，在時序上較早於該正犯或共犯供應毒品之時間，即令該正犯或共犯確因被告之供出而被查獲，仍不符上開應獲減輕或免除其刑之規定。

2.被告謝博宇雖供出本案販賣異丙帕酯之來源為暱稱「萬華跟黑哥的」之葉建威，嗣經檢警據以查獲葉建威涉嫌於113年9

月30日21時58分許販賣異丙帕酯予被告謝博宇件等情（見警一卷第30至31頁、原審卷一卷第141、143至147、149、273、297至301頁之被告謝博宇警詢筆錄、高雄市政府警察局三民第二分局114年7月16日函覆、114年5月9日刑事案件報告書、臺灣高雄地方檢察署114年7月23日函覆、114年11月5日職務報告及起訴書）。然查，被告謝博宇販賣異丙帕酯之犯罪時間為113年9月27日，係早於葉建威經查獲販賣異丙帕酯予被告謝博宇之時間，即113年9月30日之前，依據前開說明，被告謝博宇就此部分尚與毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑規定之要件不合。

3.其次，就被告謝博宇於113年9月27日所犯販賣異丙帕酯供出上游葉建威之過程部分：⑴被告謝博宇於113年10月1日警訊時係陳稱：其與葉建威有約在昨日（113年9月30日）交易，113年9月26日的二則Telegram對話紀錄，第一則是回答「我每次都是跟他拿葡萄口味的毒品電子菸彈」、第二則是回答「他給我的的毒品電子菸彈都是葡萄口味的菸彈，而且他可以提供穩定的貨源」（見警二卷第76頁），足認被告謝博宇於警詢時並未明白供稱葉建威有於113年9月27日前販賣異丙帕酯之具體時間、地點、數量及價格。⑵被告謝博宇於113年10月15日偵查中，亦僅具體陳稱有與葉建威於113年9月30日進行交易，並泛稱（問：你跟葉建成在之前也有交易成功過）（答：是），仍未供稱葉建威有於113年9月27日前販賣異丙帕酯之具體時間、地點、數量及價格（見偵二卷第84至95頁）。⑶佐以葉建威於113年10月15日警詢時，就113年9月26日的二則Telegram對話紀錄，第一則是回答「異丙帕酯菸彈的口味，我當時都是灌葡萄口味」、第二則是回答「當時我這裡還有足夠的異丙帕酯菸油，而且謝博宇都跟我拿大量，我告訴他我這裡不會斷貨」（見原審卷二第96頁），並未具體提及有於113年9月27日前販賣異丙帕酯予被告謝博宇。⑷再者，分析被告謝博宇與上游葉建威於113年9月27日16時45分前之Telegram對話紀錄，亦無明確有交易異丙帕酯

之對話內容（見警二卷第97至103頁）。綜上，對於被告謝博宇所提供毒品來源葉建威之重要線索及證據資料，偵查機關業已調查核實，非謂被告謝博宇只要有指認毒品來源之人，即得依上開規定，予以減免其刑；被告謝博宇猶須提供確實資訊，使調查或偵查犯罪之公務員對之發動調查或偵查，進而查獲該人及其犯行，否則，尚與上開減免其刑規定之要件不合。依據前開說明，被告謝博宇就此部分並無毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑規定之適用，被告謝博宇執此提起上訴，核無理由。

4.刑事訴訟法第163條之2第1項、第2項第3款規定，當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之。待證事實已臻明瞭無再調查之必要者，應認為不必要。查被告謝博宇及其辯護人於本院115年4月15日審判期日前，另以書狀聲請向高雄市政府警察局鳳山分局新甲派出所，調查被告謝博宇係於「113年9月26日」向葉建威取得異丙帕酯（見本院卷第88至89頁）。惟查，依據被告謝博宇及上游葉建威前開陳述，難以證明「113年9月26日」確有異丙帕酯交易情事，另依據二人「113年9月26日」Telegram對話紀錄，亦無交易異丙帕酯之時間、地點、數量、價格等對話內容（見警二卷第100至103頁），爰依據前開規定，駁回此處證據調查之聲請。

㈡刑法第59條（被告二人部分）

1.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，固得依據刑法第59條規定酌量減輕其刑。條文所謂犯罪情狀，必須有特殊之環境及原因，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重；而所謂犯罪情狀顯可憫恕，係指裁判者審酌刑法第57條各款所列事項，以行為人之責任為基礎之一切情狀，予以全盤考量後，認其程度已達顯可憫恕之程度，始有其適用。又法條所謂最低度刑，在遇有其他法定減輕其刑之事由者，則是指適用該法定減輕其刑事由後之最低刑度而言。

2.經查：被告二人就共同販賣第三級毒品未遂罪，其最輕法定本刑為7年以上有期徒刑，因符合毒品危害防制條例第17條第2項偵審自白減輕要件及刑法第25條第2項未遂減輕要件，可得宣告刑之範圍得減輕至有期徒刑1年9月以上。被告二人上訴意旨所指始終自白犯行及毒品未流入市面部分，已於毒品危害防制條例第17條第2項及刑法第25條第2項予以評價；至於異丙帕酯於被告蔡璇恩於本案犯行前不久公告為第三級毒品部分，此乃事實變更之處罰條件，並非刑法第59條所應審酌事由；被告二人另以前情提起上訴，但被告二人分別為85、88年次出生，不思正當工作，竟犯下本案販毒未遂重罪，且原審判處有期徒刑2年4月，已由最低刑度酌增量處，宣告刑已屬極輕，是被告二人並無有何特殊之環境及原因，在客觀上顯然足以引起社會一般同情，無從另以正當方式謀生，不得不販賣第三級毒品牟利，自無適用刑法第59條之餘地。

㈢刑法第57條（被告謝博宇部分）

關於刑之量定，係實體法賦予法院得依職權裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列事項而未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法或不當。經查：原審對被告謝博宇所為犯行之刑罰裁量理由，業已妥為考量刑法第57條各款情形（見原審判決第7頁第2至20行），並符合上開相關原則，尚無濫用刑罰裁量權之情事，且原審刑罰裁量之依據查核後確實與卷證相符。上訴意旨所指犯案時之家庭、經濟因素，亦據原審予以考量（見聲羈卷第37頁），而被告謝博宇所犯本案因有前述刑之減輕規定，處斷刑最輕可減至有期徒刑1年9月，以原審就被告謝博宇判處有期徒刑2年4月之宣告刑度而言，實已從最低量刑區間酌增數月，量刑已屬極輕，被告謝博宇就此部分提起上訴，主張應再從輕量刑，經核並無理由。

㈣綜上，被告二人上訴所指各節，俱無理由，應予駁回。

四、被告蔡璇恩經本院合法傳喚，無正當理由不到庭，惟經辯護

人在場為其辯護，依刑事訴訟法第371條之規定，不待其陳述，由檢察官一造辯論而為判決。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

本案經檢察官簡婉如提起公訴，檢察官宋文宏到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　6　　日

刑事第七庭　審判長法　官　李璧君

法　官　石家禎

法　官　李東柏

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　6　　日

書記官　林昭吟